

Página inicial: 473 - Página final: 486

TIPO DE ARTÍCULO: de Investigación

## EL ROL DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y SU EJERCICIO LEGÍTIMO.

THE ROLE OF THE DELIBERATIVE DEMOCRACY AND ITS LEGITIMATE EXERCISE

Recibido: Enero 2014 Revisado: Marzo 2014 Aceptado: 1 de Mayo 2014

Por: María Liliana Castillo Castillo<sup>1</sup>.

### RESUMEN.

El presente texto, derivado de proceso de investigación, busca dejar elementos para el debate en torno a la construcción de la democracia deliberativa procurando establecer cuál podría ser el marco teórico en el que se puede ajustar el caso Colombiano. Para tal fin, el texto presentará: Un aparte para el debate en torno a la democracia deliberativa como procedimientos de legitimación de decisiones, estableciendo cuál es el papel de los tribunales constitucionales en la construcción de este tipo de democracia; segundo, ahondar con especial énfasis en las decisiones de la Corte Constitucional, si permiten o no, un espacio abierto para la democracia deliberativa; y tercero, se presenta un aporte al debate académico, en torno a la situación actual en Colombia en la construcción de una democracia deliberativa.

### PALABRAS CLAVE.

legitimidad, democracia deliberativa, tribunal constitucional, consenso.

### ABSTRACT.

The present text, derived from a research process, seeks to allow aims to leave elements to the debate over the construction of the deliberative democracy managing to establish, which the theoretical framework could be, in which the Colombian case can be adjusted. For such a purpose, the text will introduce, first, the debate over the deliberative democracy as legitimacy of decision-making procedures, establishing what the role played by the Constitutional Court, in the construction of this type of democracy, is. Second, to deepen, with special emphasis, on the decisions of the Constitutional Court, whether they allow it or not, an open space for the deliberative democracy, and third, it introduces a contribution to the academic debate over the current situation in Colombia in the construction of a deliberative democracy.

### KEY WORDS.

Legitimacy; Deliberative Democracy; Constitutional Court, and Consensus.

<sup>1</sup> Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Magister © en Filosofía del Derecho Contemporáneo. Profesora Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Co-investigadora del proyecto de investigación "Observatorio por la Transparencia. El Principio de Transparencia en el Estado Social de Derecho", adscrito a la línea de investigación: Transformaciones de la Política y del Derecho en el ámbito de la Gobernabilidad, del Grupo de Investigación Problemas Contemporáneos del Derecho y la Política (GIPCODEP), avalado por la Universidad de San Buenaventura Cali – Colombia. Contacto: mlcastillo@usbcali.edu.co, liliana.castillocastillo@gmail.com

## **Introducción.**

El presente texto, atiende a la idea de que la democracia tiene la oportunidad de afinarse para resolver mediante espacios de deliberación los problemas de la corrupción en virtud de la forzosa reflexión transparente de los temas de interés público, que tenga como consecuencia la purga de los temas y la recuperación de la legitimidad de la administración, en la medida que la misma involucre a los administrados. Responder a estas formulaciones dependerá del papel de las instituciones jurídicas, particularmente las instituciones constitucionales respecto de los juegos y roles democráticos, en el entendido que los escenarios de deliberación ciudadana son la propuesta a la luz de los diferentes debates teóricos sobre democracia deliberativa y Tribunales Constituciones.

La corrupción como fenómeno político, es un flagelo que resulta ser una clara muestra de la descomposición social que atraviesan los Estados, siendo ella misma; causa, sustancia y consecuencia de patologías de todos los Estados sin distinción de su sistema de gobierno o modelo económico. Colombia no ha sido ajena a ello, los efectos generados por este fenómeno, atraviesan todos los sectores y niveles.

Sus repercusiones encuentran sede en diversas dimensiones, de nuestro interés está su incidencia en la esfera de lo político, pues atenta contra la democracia, hace evidente las deficiencias del sistema legislativo y judicial y finalmente, golpea la legitimidad y el reconocimiento hacia la Administración y en consecuencia a todos sus productos o formas de manifestación.

Analizado lo anterior se busca establecer cuál podría ser el marco teórico en el que se puede ajustar el caso Colombiano.

Para este fin se debe tener en cuenta que dentro del proceso democrático las instituciones estatales juegan un papel importante para acercar a los ciudadanos a los procesos de deliberación, en Colombia sin embargo, esta función ha tenido un grave detrimento debido a la política presidencialista que se ha venido manejando, la cual ha concentrado un gran poder en cabeza de una persona.

El Congreso de la República sede por excelencia de los procesos deliberativos, tampoco ha podido dar respuesta para brindar un acercamiento que contribuya a que los ciudadanos puedan participar y ser escuchados dentro de los procesos democráticos de deliberación.

## **Metodología.**

Para la elaboración del presente texto se ha acudido a:

- Una revisión documental – conceptual en torno al tema en cuestión,
- Análisis de algunas de las más importantes sentencias de al Corte Constitucional Colombiana en torno al tema, y
- Un análisis relacional de los documentos conceptuales y las sentencias.

En ese orden de ideas, de manera pedagógica, se presentarán los resultados en tres bloques temáticas así:

- Imbricación política-democracia-derecho, para establecer la conexión entre la ya trabajada relación de orden sustantiva, de la política y el derecho.
- Constitucionalismo y democracia en Colombia, para identificar el papel de las instituciones constitucionales, específicamente el Tribunal Constitucional y su intervención en los escenarios de deliberación y
- Un posible marco teórico que se acomode a las intervenciones del Tribunal constitucional colombiano, en la práctica.

## Resultados – discusiones.

### Imbricación política-democracia-derecho.

La segunda parte del siglo XX, se caracterizó por nuevas dinámicas políticas con perspectivas fuertemente economicistas, las cuales intentaban armonizar con los dictados del mercado, se buscaba con ansia por los Estados evitar el rezago de ese concierto internacional del que se predicaba era inconveniente aislarse. ¿Cuál papel tomaría el Derecho en esas dinámicas y de que se ocuparía por defender o conservar? Como institución jurídica tenemos la joven Constitución Colombiana de 1991 como el mejor ejemplo de ello, un comprometido fin “social”, que exige y condiciona la actividad pública reclamando progresividad en la idea de una ambicioso *Estado benefactor*; una vocación de protección *liberal*, que se resuelve en amplios catálogos de libertades; pero todo ello, inmerso en una férrea estructura *neoliberal*.

Estas tres apuestas no terminan de armonizarse y generan una crisis institucional identificada como el divorcio entre el país político del país económico. En este sentido y para otro hemisferio Luigi Ferrajoli (2003, 150) lo analiza para la Italia de fines del siglo XX e inicios del XXI, pero bien puede identificarse en Colombia, como lo advierte el autor, en los países occidentales; la política, sus actores y escenarios propios juegan entonces entre estas dos amenazas referidas por el autor:

...dos razones, una política y otra social. La primera está representada por la relación sinérgica cada vez más estrecha que se ha ido instaurando entre dinero y política, uno como medio para financiar...” “la otra como medio de conservar y aumentar el poder económico (Ferrajoli, 2003)

El caso italiano de la cooptación de los medios masivos de comunicación por los políticos es emblemático y por lo mismo gráfico para ilustrar como la opinión puede ser presentada por una especie de consenso apócrifo que homogeniza la sociedad y termina excluyendo sendos sectores sociales, etiquetados como minorías. Aclara posteriormente Ferrajoli (Ferrajoli, 2003)

La carencia de límites para el poder económico y para el poder político equivale a otras tantas formas de absolutismo peligrosamente convergentes que contradicen el paradigma del estado constitucional de derecho, provocando una regresión premoderna a la ley del más fuerte. En efecto, por un lado ambas formas de absolutismo se presentan como contestación de la legalidad y las reglas, descalificadas como trabas inútiles al decisionismo gubernativo y al desarrollo productivo. Por otro, absolutismo de la mayoría y absolutismo del mercado al sumarse a la descalificación de la política, de la esfera pública y del estado social, se resuelven en una ruptura del pacto constitucional fundado en la tutela de la

igualdad y en la satisfacción de los derechos vitales y en particular de los sujetos más débiles.

Hace el pensador italiano una precisión sobre la idea de democracia, tantas veces peligrosamente presentada como la expresión o dictado de una mayoría; fascismo, nazismo; y la asocia a la idea directa de Derecho, en tanto la identifica con un sistema frágil de separaciones y equilibrios, cuya defensa y armonía radica en el Derecho constitucional, demandado de él la garantía y tutela de las libertades o derechos fundamentales. Senda relación entre la política, el ejercicio de la verdadera democracia y su imbricación con el Derecho.

En el particular caso de Colombia la Corte Constitucional se ha ido convirtiendo en uno de los canales, dentro de los cuales se juega una estrategia política, donde se pretende conseguir que algunos derechos sean respetados, sobre todo cuando de posibilidad de deliberación democrática de las minorías sociales se trata. Ahora bien, los tribunales constitucionales, pueden contribuir a que ciertos grupos sean incluidos, sin embargo hay posiciones que contradicen los postulados de que un Tribunal Constitucional pueda favorecer a un debate deliberativo pleno, pues la ciudadanía queda a la espera del resultado de la decisión que puedan tomar un número limitado de magistrados (Habermas, 1998).

Se revisa, entonces la función que ha desarrollado la Corte Constitucional desde 1991, realizando un análisis de su aporte a la deliberación o de los de los desaciertos que pueda cometer como institución, pues en este debate se encuentran tanto las instituciones que deberían promover la deliberación tales como el Congreso, y el papel que puedan cumplir los ciudadanos en defensa de su derecho a participar en las decisiones que los perjudiquen.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional ha cumplido una función ambivalente, pues se podría pensar que dentro de la estructura institucional colombiana ha conseguido cumplir con una función inclusiva para grupos marginados. No obstante, esto no contribuye en gran parte a la formación de ciudadanía civil activa, pues el proceso queda en manos de unos cuantos magistrados. Hacer por lo tanto un análisis jurisprudencial de lo que la Corte entiende por deliberación y de los procesos con los que ha contribuido a incluir a grupos sociales podrá darnos una visión clara de lo que se puede empezar a construir en Colombia tanto institucional como ciudadanamente.

### Constitucionalismo y democracia en Colombia.

Un recorrido sobre los consensos del constitucionalismo colombiano, haciendo especial énfasis en la Constitución de 1991, ésta última se considera como la más pluralista y la que más se ha acercado a un consenso de los nueve proyectos constitucionales que le antecedieron. No obstante, muchos grupos minoritarios (Fiss, 1999) se quedaron sin representación en la Asamblea Constituyente, que parecía ser ese gran nuevo proyecto de paz, que terminaría con el constitucionalismo autoritario de las últimas constituciones nacionales.

En este sentido, la falta de consenso en Colombia ha sido un problema histórico, ya que a través del tiempo se ha llegado a determinar la manera en que las nueve constituciones nacionales no han sido más que el triunfo de la guerra sobre el

diálogo prudente y racional (Valencia, 2010). Tanto las instituciones como los ciudadanos no parecen articularse, para lograr un acuerdo que contribuya a salir de la violencia, pues por más progresista que haya sido una Constitución nacional, ésta no ha sido el producto de un verdadero consenso.

Las instituciones del poder público tampoco parecen ofrecer vías democráticas y comunicativas para lograr abrir espacios de deliberación efectivos (Habermas, 1998). Esto se demuestra de manera histórica, pues el ejecutivo en cabeza del presidente ha recibido poderes que superan en mucho los de las otras instituciones como la legislativa y judicial, lo que ha provocado un desequilibrio en la división de poderes y muchas veces una deformación de los roles que debe asumir cada institución, la función de la Corte Constitucional ha jugado aquí un papel muy importante que vale la pena resaltar, pues se ha convertido en una estrategia para que los grupos minoritarios vean cumplidas algunas de sus expectativas. No obstante, se debe establecer hasta qué punto es pertinente que la Corte Constitucional llevé a cabo estas funciones en pro de la deliberación.

Colombia enfrenta un problema institucional complejo, producto, en gran parte, de una serie de problemas como un presidencialismo fuerte, una ausencia de construcción de sociedad civil y de un Congreso que no ha logrado llevar a cabo deliberaciones plenas. Dentro de esta estructura tanto institucional como social, el Tribunal Constitucional que surge con la Constitución de 1991 ha tratado de solucionar algunos de los problemas sociales muy graves como el desplazamiento forzado, el hacinamiento carcelario, la situación de algunos grupos minoritarios excluidos históricamente e incluso ha tocado temas económicos de mucha trascendencia.

En este sentido, se puede establecer que gran parte de las instituciones gubernamentales se han diseñado para abrir espacios democráticos, los cuales sean capaces de facultar a la sociedad civil, bien por medio de representación o de manera directa, tomar decisiones sobre asuntos que puedan afectar sus intereses. En Colombia el uso de mecanismos democráticos ha sido débil, debido en parte a la falta de una cultura cívica activa y la pérdida de confianza en las instituciones antes mencionadas.

Los dos problemas citados surgen en gran parte por una fragilidad institucional que no ha podido incentivar la participación democrática y generar espacios más amplios de deliberación. En este sentido, la historia de Colombia ha estado permeada por lo que se podría denominar un institucionalismo *hiperpresidencialista*, que ha dotado a los presidentes de poderes que sobrepasan el de otras instituciones como el Congreso y las Cortes. De esta manera, como lo indica Mauricio García: “La prioridad del orden público en los asuntos de gobierno ha hecho sobrevalorar la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado y ha desequilibrado entre las ramas del poder público” (García, 2001). Se puede establecer entonces, que so pretexto de la violencia, se han deslegitimado en Colombia las funciones que deberían cumplir las ramas del poder público, ya que la división de poderes que generalmente se requiere para que existan instituciones sólidas, se ha visto deteriorada por una normalización de los estados de excepción (García, 2001).



Ahora bien, todas estas circunstancias han producido un deterioro en las relaciones de poder institucional. Como se advirtió, la función del poder público a la que históricamente más se le han delegado funciones es al ejecutivo en cabeza del presidente, incluso se puede establecer que el origen de cada una de las ocho constituciones que antecedieron a la Constitución de 1991, han sido el fruto de constantes guerras, dentro de las cuales cada presidente es el artífice de la Constitución que se va a imponer (Valencia, 2010)

De la misma manera, factores recientes como la reelección presidencial y la desfragmentación de partidos han producido un ambiente que ha distorsionado las funciones del poder público. Así por ejemplo, el Congreso de la República se ha visto permeado por una serie de factores que han puesto a prueba su legitimidad. El Congreso sede histórica por excelencia de los debates políticos de un país, no ha encontrado en Colombia un espacio de deliberación importante, que permita establecer que exista una democracia representativa plena.

Por su parte, el Tribunal Constitucional que nace con la Constitución de 1991, se ha adjudicado algunas funciones que han generado polémicas, afectado la Constitución de 1991 tanto desde el punto de vista dogmático como orgánico.

La sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Colombia ha jugado un papel fundamental, en defensa de los procesos constitucionales. Incluso la Constitución de 1991 quedaría en manos de la Corte cuando tuvo que analizar la exequibilidad de los Decretos de los que dependía la viabilidad de la Carta Constitucional.

En este contexto, los máximos representantes de las funciones del poder público en Colombia no han logrado brindar una confianza institucional que garantice una democracia deliberativa plena. De esta manera, los canales de comunicación se han obstaculizado impidiendo un debate abierto que contribuya a la formación de sociedad civil.

Todos estos factores, han generado una pérdida de la relación entre gobierno y ciudadanía. Pues a pesar de que los diferentes movimientos sociales propendan por la protección de sus derechos con presiones, no ha existido en Colombia una concertación clara de los proyectos y objetivos que se esperan lograr de cada uno de los actores políticos o sociales en pugna. Los límites de la deliberación en Colombia han producido así un sinnúmero de malestares en el entorno social, económico y político ya que la capacidad de las instituciones para remediar las diferentes reivindicaciones que se le hacen al Estado no ha sido eficiente.

Ahora bien, la desconfianza en las Instituciones y la pérdida de un canal de deliberación entre dichas instituciones con la ciudadanía, han tenido un efecto perjudicial para un debate abierto, y de las personas que se vean afectadas con una determinada decisión. En este sentido, se han producido exclusiones de grupos históricamente segregados tales como los indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad, homosexuales etc., estos grupos minoritarios han tenido que buscar una estrategia constitucional diferente a la del Congreso.

Como consecuencia del problema arriba señalado, la Corte Constitucional se ha encargado de la protección de grupos minoritarios que han visto en dicha Institución una vía adecuada para alcanzar algunos derechos sociales. La acción pública de

constitucionalidad se ha convertido entonces en uno de los medios más usados por las minorías para alcanzar algunas de sus pretensiones. (Rodríguez, 2005).

Frente a este problema se han presentado diferentes visiones del papel que debería cumplir un Tribunal Constitucional dentro del entramado institucional que un país democrático presenta. Desde el debate se presentaría entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, sobre quién debería ser el defensor de la Constitución, donde para Kelsen la defensa de la Constitución debería hacerla un tribunal constitucional que esté encargado del control de las normas y que busque controlar jurisdiccionalmente las disposiciones del parlamento (Gasio, 1995), los cambios han sido bastante drásticos, pues los Tribunales o Cortes han empezado a jugar un papel importante dentro de los procesos democráticos.

Desde entonces mucho se ha debatido sobre lo que un Tribunal Constitucional debe hacer, y grandes filósofos políticos como Rawls y Habermas han enfrentado diferentes postulados sobre este problema, así por ejemplo mientras para Rawls el Tribunal representa en cierta medida la razón pública, para Habermas éste nunca podría contribuir a una deliberación plena (Habermas, 1998).

Teorías como la de John Hart Ely también producirían gran interés pues este planteaba tres funciones fundamentales de un Tribunal que se pueden resumir de la siguiente manera: i) ser un árbitro en los procesos de representación política que se desarrollan, en los que sirve de mediador entre las diferentes instituciones; (ii) permitir que haya cambios dentro de los sistemas políticos, es decir, que la historia no se vea atada únicamente a lo que los primeros constituyentes proponen; y (iii) facilitar el acceso democrático a las minorías (Hart Ely, 1998).

No obstante, la función que debería cumplir un Tribunal Constitucional dentro de la conformación de una democracia deliberativa es bastante conflictiva, pues a pesar de los postulados planteados anteriormente, para Roberto Gargarella (1996), dicha institución no garantiza un canal directo hacia una participación igualitaria donde se pueda empezar una deliberación plena. En contraposición a este argumento Cappelletti (1984) observa la necesidad de legitimar el poder de los tribunales.

#### Un posible marco teórico. Colombia.

Ahora bien, el caso Colombiano presenta algunas complejidades y tal como lo defiende Rodrigo Uprimny (2002) en ocasiones una dosis de control de constitucionalidad, puede contribuir a facilitar el acceso democráticos a grupos que no logran encontrar en otras instituciones solución a sus problemas.

En este debate teórico, adentrarse al caso Colombiano resulta importante, pues se pretende ir delimitando en qué casos la Corte Constitucional de alguna manera logra articular una propuesta de deliberación seria que puede contribuir, por un lado, a una deliberación plena que consiste en que las personas involucradas en la decisión puedan participar, y por otro lado, no se produzcan cambios en las funciones que deben cumplir cada una de las instituciones estatales.

Para esto obviamente se tendrá que dividir las decisiones que haya tomado la Corte Constitucional tanto en control de constitucionalidad, como de tutela pues ha habido una tendencia de esta Institución a modular sus decisiones a fin de regular

el alcance de sus fallos, tanto en la función que cumple como máximo defensor de la Constitución, revisando que toda la normatividad que se expida vaya acorde con la Constitución, como en la protección de derechos particulares.

En ambas funciones la Corte Constitucional se acerca al concepto de democracia deliberativa, no obstante lo que interesa en este proyecto es observar el impacto que dichas decisiones tienen tanto institucionalmente, como socialmente, adentrándose así a las diferentes posturas teóricas que se pueden tomar en cada una de sus decisiones sobre lo que podría o no podría hacer un Tribunal Constitucional, observado claro está las particularidades que se pueden presentar en Colombia.

Se considera que en la actualidad, independientemente del grado de desarrollo en que se encuentren las sociedades contemporáneas, la pérdida de legitimidad de sus sistemas políticos y de sus instituciones es compartida por la mayoría. De ahí, que la pregunta más importante que debemos plantearnos, no es porqué se deslegitimaron sus sistemas políticos o quiénes fueron los responsables o quiénes serán los redentores, sino: “mediante qué instrumento pueden las sociedades contemporáneas volver a justificar sus órdenes resquebrajados, es decir, cuál es el medio para relegitimar los órdenes nacientes en el marco de sociedades, tradicionales o modernas, en transición estructural—como lo es la sociedad colombiana—.” (Mejía, 2007). De una gran variedad de respuestas a tal problemática, adoptamos, de nuevo, la solución defendida por Mejía Quintana, según la cual sólo a través de un paradigma jurídico-político alternativo, de carácter *consensual* y *discursivo*, que materialice una participación amplia y simétrica de toda la ciudadanía en la toma de las decisiones —de cualquier índole, pero sobre todo políticas y legales— que la afectan, logrando con esto la relegitimación de sus sistemas políticos y de sus instituciones y la reconstrucción del lazo social desintegrado (Mejía, 2007).

Aquel paradigma jurídico-político que Mejía denomina *paradigma consensual-discursivo del derecho*, en el cual articula las teorías jurídicas de John Rawls y Jürgen Habermas, permite integrar la *opinión pública* y el *poder comunicativo* de la ciudadanía como *consenso mínimo normativo* en los procesos de decisión colectiva que le afectan. Éste consenso mínimo normativo será, institucionalmente, el punto de partida del legislador al momento de concebir el derecho, de los jueces al momento de interpretarlo y de los gobiernos al ejecutarlo (Habermas, 1998). Ahora bien, de éste paradigma alterno se deriva un modelo de *democracia consensual-discursiva*, que no es otra cosa que una democracia deliberativa, “donde la soberanía reside, sin mediaciones de segundo orden, en la opinión pública de la ciudadanía, en el poder comunicativo de la sociedad civil para determinar los contenidos de justicia social requeridos para convivir en paz (...)” (Mejía, 2007).

Autores como Ronald Dworkin (2007: 20) defienden la protección de los derechos por medio de un tribunal que ofrezca una vía para el reconocimiento particular de los mismos. Sin embargo, de acuerdo con los planteamientos de Jürgen Habermas la deliberación está mediada por las reglas del discurso práctico, que pretenden fundamentar racionalmente las decisiones, que a su vez se nutren de la interacción entre la formación de *voluntad política*, formalmente institucionalizada y la formación informal de la *opinión pública*, lo que en sí mismo resultaría suficiente para legitimar el procedimiento ideal de deliberación (Haddad, 2006: 14). Por su parte, Joshua Cohen destaca que el proceso informal de construcción de la opinión pública, es determinante en los procesos de formación de políticas públicas, entendidas éstas



como todo proceso de razonamiento público guiado por consideraciones sobre el bien común. (Cohen citado por Haddad, op. cit.: 15). Posteriormente, Cohen, pretende ir más allá del concepto de deliberación, para arriesgarse a defender una idea aún más quimérica, a saber, la de un “razonamiento libre y público entre ciudadanos iguales”, cuyo propósito es el discutir *horizontalmente* acerca de los medios y fines, no solamente políticos, sino sociales e institucionales de los que dispone una sociedad.

Retomando a Habermas quien desarrolla un concepto de *política deliberativa de dos vías*, en el cual la esfera pública opera, en primer lugar, como una *red plural*, abierta y espontánea de discursos entrecruzados provenientes de los diferentes sujetos colectivos que integran la ciudadanía y, en segundo lugar, en un marco de *derechos básicos*, garantizados constitucionalmente a todos aquellos sujetos. Esto con el fin de “sintetizar, el proceso ideal de deliberación y toma de decisiones [que] presupone como su portador una asociación que acceda a regular las condiciones de su vida común imparcialmente (...)” (Mejía, 2007); (Habermas, 1998).

De esta manera, la legitimidad de la política deliberativa reside, para Habermas, en la “estructura discursiva de la opinión y formación de voluntad que pueda satisfacer sus funciones integrativas socialmente solo porque los ciudadanos esperan que sus resultados posean calidad razonable (...) regulando imparcialmente sus sistemas mundo-vitales comunes.” (Habermas, 1998); (Mejía, 2007).

Ahora bien, ambas vías de la política deliberativa implican, por un lado, que institucional y constitucionalmente la voluntad política sea garantizada y tomada en cuenta por el poder político en los procesos decisorios y, por otro lado, que la construcción informal de la opinión pública sea, igualmente, piedra angular en dichos procesos colectivos de decisión. Lo anterior, con miras a garantizar, fundamentalmente, la autonomía privada y pública de los ciudadanos y la legítima producción del derecho (Mejía, 2007).

Aquí, es pertinente especificar, siguiendo una vez más a Mejía, los conceptos de *esfera pública* y *sociedad civil* en Habermas. La esfera pública es descrita por Habermas como “una red comunicante de información y puntos de vista cuyos flujos de comunicación son, en el proceso, filtrados y sintetizados en una determinada vía (...) Como la totalidad del mundo de la vida, la esfera pública es reproducida mediante la acción comunicativa, para lo cual la maestría del lenguaje es suficiente, y es confeccionada por la comprensión general de práctica comunicativa cotidiana.” (Habermas, 1998); (Mejía, 2007) Por su parte, la sociedad civil es, a diferencia de las concepciones liberales –que la entiende como un mero conglomerado de individuos– y marxista –que la identifica como un reflejo super-estructural de la estructura económica capitalista–, para Habermas la interacción de “asociaciones, organizaciones y movimientos que emergen más o menos espontáneamente, y, que están atentos a la resonancia de los problemas sociales en las esferas de la vida privada, que destilan y transmiten esas reacciones de manera amplificada en la esfera pública.” (Mejía, 2007); (Habermas, 1998).

En este orden de ideas, Habermas concluye que: “el corazón de la sociedad civil comprende un entramado de asociaciones que institucionalizan discursos de resolución de problemas sobre cuestiones de interés general dentro del marco organizado de las esperas públicas” (Mejía, 2007); (Habermas, 1998).

Posteriormente, profundizando en la dinámica argumentativa de los procedimientos institucionalizados de deliberación propuesta por Habermas, aquellos deben regirse por los siguientes 3 principios: El *principio discursivo*, –el mismo usado en la argumentación moral– que tiene como finalidad, por un lado, garantizar a la totalidad de perspectivas representativas de la sociedad expresarse autónomamente y sin coacciones externas en estos espacios institucionalizados, y por otro lado, asegurar la *simetría discursiva* entre los participantes, quienes partirán del consenso mínimo normativo antes explicado. El *principio de democracia*, el cual se fundamenta en la *regla de la mayoría*, que a su vez establece el predominio del mejor argumento sobre los demás, pero partiendo siempre, de igual forma, de la totalidad de discursos públicos y del consenso mínimo normativo al que se haya podido llegar. Finalmente, el *principio de legitimidad*, según el cual todos procedimientos, contenidos y productos jurídicos son legítimos solo si se derivan de un *acuerdo participativo justo y abierto*, donde todos los ciudadanos consientan cada ley y en donde la deliberación pública sea la fuente de su soberanía (Mejía, op. cit.: 287).

Con todo, se puede señalar que el modelo *consensual-discursivo* de la democracia en Habermas pretende articular el *poder comunicativo*, con el *poder social* y el *poder administrativo* en las sociedades contemporáneas, modernas o tradicionales en transición estructural, para lograr así relegitimarlas a través del derecho como elemento cohesionador (Mejía, 2005: 267).

En este punto, es apropiado analizar los planteamientos de John Elster en cuanto a la democracia deliberativa. Así, el pensador noruego comparte los aspectos principales anteriormente descritos del enfoque deliberativo, destacando esencialmente los siguientes: por un lado “la toma colectiva de decisiones con la participación de todos los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes: esta es la parte democrática(...)”, y por el otro, “la toma de decisiones por medio de argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad: esta es la parte deliberativa.” (Elster, 1999). Sin embargo, Elster se muestra escéptico respecto a la efectividad y al valor intrínseco del proceso deliberativo previo a la toma colectiva de decisiones, particularmente a la deliberación antes de recurrir a la *votación* o la *negociación*. De ahí que se atreva a sentenciar, de acuerdo con las posturas de Adam Przeworsky –posteriormente–“(...) se llegó a la conclusión de que la deliberación, en lo esencial, no aporta ninguna diferencia, ni para bien ni para mal.” (Elster, 1999).

Respecto a la dinámica del proceso deliberativo, Elster considera que en las sociedades de orientación *analítica* será más probable que efectivamente se desarrolle un proceso decisorio imparcial entre ciudadanos libres, iguales y racionales, mientras que, tomando prestada la tesis de Diego Gambetta, en sociedades donde predomina la cultura del “¡Claro!” se deslegitiman los argumentos del otro catalogándolos como elementales o triviales sin efectuar una valoración sustancial de los mismos, obstaculizando así el diálogo horizontal entre los participantes.

Por otro lado, Elster (Elster, 1999) considera que Habermas en su teoría discursiva de la democracia no ofrece realmente un argumento a favor de ésta, sino que “da más bien por sentado que en las democracias se supone que los problemas han de ser resueltos mediante la discusión –entiéndase deliberación–, y luego trata –refiriéndose Habermas–de sacar las conclusiones de ese hecho.” Igualmente, Elster

haciendo alusión a las condiciones ideales de los agentes en la deliberación como libres e iguales, éste les pregunta a Habermas y a Cohen, si tales condiciones abstractas tienen “algún correlato en la discusión política real” (Elster, 1999). Pretendiendo así señalar cómo empíricamente la materialización de la democracia deliberativa se torna sumamente compleja.

En este sentido, Elster (Elster, 1999) plantea otros agudos interrogantes acerca de las condiciones materiales necesarias para garantizar la efectividad de la democracia deliberativa, los cuales se transcriben a continuación:

¿Qué mecanismos institucionales podrían asegurar que un acuerdo después de una deliberación sea inducido por argumentos más que por un conformismo interno o externo?, ¿en qué medida son la democracia y la deliberación independientes una de otra? ¿Podría el análisis conceptual de la democracia mostrar que presupone implícitamente la deliberación y/o viceversa?, ¿cuál es la relación entre el acceso equitativo al proceso deliberativo y la distribución de los ingresos? ¿Impone la igualdad de acceso un piso a los ingresos, un techo, o ambos?, la distribución desigual de la educación, de la información y de la participación ¿supone una amenaza a la democracia deliberativa?, ¿producirá la deliberación todos los buenos efectos si tiene lugar principalmente en el seno de una élite que se autoselecciona porque tiene más conocimientos que otros acerca de los asuntos públicos?

Ahora bien, dejando a un lado las ideas de Elster, se analizarán algunos de los planteamientos de Adam Przeworsky sobre el presente tema. Así, para Przeworsky es fundamental distinguir entre *deliberación* a secas, *deliberación política* y *deliberación democrática*: en cuanto a la primera, considera que es “una forma de debate cuyo objetivo es cambiar las preferencias que permiten a la gente decidir cómo actuar”; sobre la segunda, señala que la deliberación es política “cuando lleva a una decisión que compromete a una comunidad”; finalmente, sobre la tercera resalta que la deliberación política se torna democrática cuando “el debate lleva a decidir por medio del voto” (Elser, 1998).

De acuerdo con lo anterior, Przeworsky considera que el voto es el factor más importante aún en el modelo deliberativo de la democracia, por cuanto es el resultado de la votación, no del debate o discusión, lo que legitima a los gobiernos a administrar y a imponer sus políticas. Al respecto sentencia: “las razones pueden orientar la implementación de los actos de gobierno. Pero la autorización para esos actos, incluyendo la coacción, se origina en el voto, en el recuento de manos alzadas, no en el debate.” (Elser, 1998).

Por otro lado, Przeworsky sostiene que en el escenario democrático lo que se pretende es persuadir a los otros cambiando fundamentalmente sus *preferencias* y sus *creencias* sobre los medios para alcanzar determinados fines políticos, puesto que aquellas serán las determinantes para las personas al momento de decidir a través de su voto (Elster, 1999).

Pero para el caso colombiano, la búsqueda de consenso no riñe o niega la recientemente hallada pluralidad de nuestras cosmovisiones, es una crítica que sólo se podría cuando no se tiene una visión comprehensiva y procedimental de la democracia deliberativa. Esto porque la búsqueda del consenso no persigue:

...la unificación de la sociedad en donde todos estemos de acuerdo en temas tan agudos como la religión o la moral, sino que, dentro de nuestras diferencias, empecemos a tener en cuenta al otro y se empiecen a crear consensos mínimos que contribuyan a la creación de un buen ciudadano y, por medio de este, la construcción de la sociedad civil. (Coral & Castillo, 2011)

### **Conclusiones.**

La Corte Constitucional colombiana ha intervenido como contención a los embates y reclamos del mercado. Su función está (sobre) cumplida, pero no es la jurisdicción la sede natural de los debates políticos. No debe resistir mucho institucionalmente estas funciones que subrogan de su proceso de mayoría de edad a la ciudadanía.

Es en el fortalecimiento de esa sociedad civil que se llegará a una legítima construcción de sociedad que tenga del ciudadano solvente reconocimiento y apropiación de sus propias categorías y decisiones sociales.

Sin embargo, en un país como Colombia, las urgencias no permiten el encargo a una dinámica de empoderamiento ciudadano, cuando el tribunal termina siendo el identificado como institución personalizada, sujeto de obligaciones, que interviene activamente y lidera transformaciones sociales de diversa índole.

En Colombia la Corte Constitucional es una Institución que permite un acercamiento entre la sociedad civil y las instituciones gubernamentales, y mejor aún está formando individuos que a su vez conforman sociedades, más responsables, más reclamantes, más legítimas.

Sin embargo aún el papel de la Corte Constitucional como ente dinamizador de procesos comentados como urgentes, no tiene en sus atribuciones y prerrogativas, el establecimiento legal y organizacional de estas propuestas de democracia deliberativa, se insiste, es la sede legislativa la que debe, de acuerdo a su representatividad nacional y regional proceduralizar los procesos de deliberación, por la vía legal que tantas veces ha sido cuestionada por su cooptación o vulnerabilidad, pero que sigue siendo la línea natural por la que una sociedad se enfrenta a sus propios retos y encuentros.

Esta búsqueda de procedimientos con miras a institucionalizar la deliberación como garantía de proceso de incluso de reconciliación y el resultado de esa deliberación, como consenso y producto que dote de legitimidad la democracia, no es un ejercicio judicial, la constitucionalización como medida de control social es el reflejo de una mala salud institucional, que solo debería recurrir al control constitucional cuando falla el diseño y ejecución de las estrategias democráticas de decisión, aun en la compleja y diversa realidad colombiana.

## Referencias Bibliográficas.

- Cappelletti, M. (1984). Necesidades y legitimidad de la justicia constitucional. En L. Favoreu, *Tribunales constitucionales Europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Carbonel, M., & Vasquez, R. (2006). *Poder, derecho y corrupción*. Mexico: Siglo XXI Editores.
- Coral, J., & Castillo, L. (Julio-Diciembre de 2011). John Rawls y las bases para la construcción de la sociedad civil. *Papel político*, 16(2), 526.
- Dworkin, R. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Elser, J. (1998). *Democracia debilitadora*. Cambridge: Syndicate of the university Cambridge.
- Elster, J. (1999). La autoobligación. En J. Elster, & R. Slagstad, *Constitucionalismo y democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- Estévez, J. (1994). *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2003). El estado constitucional de Derecho Hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. En M. Carbonel, & R. Vásquez, *Poder, Derecho y Corrupción*. México: Siglo Editores.
- Fiss, O. (1999). Grupos y cláusulas de la igual protección. En R. Gargarella, *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: Gedisa.
- García, M. (2001). El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia. En C. Rodríguez, M. García, & R. Uprimny, *¿Justicia para todos? sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Gargarella, R. (1996). *La Justicia frente al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Gasio, G. (1995). Estudio Preliminar. En H. Kelsen, *¿quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos.
- Gaviria, C. (2002). Un enfoque positivo de la constitución de 1991. En Ilsa, & Universidad Nacional, *El debate de la constitución*. Bogotá: Ilsa. Universidad Nacional.
- Haberle, P. (2003). *El Estado constitucional. Mexico*. Mexico: Unam.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.



- Hart Ely, J. (1998). *Democracia y desconfianza: una teoría del control judicial*. Bogotá: Siglo del hombre Editores y Universidad de los Andes.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Mejía, O. (2007). Elites, eticidades y constitucion. Cultura Política y poder constituyente en Colombia. En V. Hoyos, *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: Clacso.
- Rodriguez, M. L. (2005). *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C-078, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio (Corte Constitucional. Colombia 9 de Febrero de 2011).
- Sentencia C-102, Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao (Corte Constitucional 15 de Febrero de 2010).
- Sentencia C-490, Proyecto de Ley estatutaria de reforma política sobre organizaciones y funcionamiento de partidos (Corte Constitucional Colombia. Magistrado Ponente Luis Eduardo Vargas 2011).
- Sentencia T-143, Consumo de Agua Potable. Magistrado Ponente. Maía Victoria Calle (Corte Constitucional 26 de Febrero de 2010).
- Uprimny, R. (2002). Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnóstico y perspectivas. En U. Ilsa, *El debate a la constitución*. Bogotá: Ilsa y Universida Nacional.
- Valencia, H. (2010). *Cartas de Batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.